

DISCUSIÓN SOBRE LOS CONCEPTOS “VULNERABILIDAD” Y “CONSENTIMIENTO” EN EL PROTOCOLO DE PALERMO¹

*Vulnerability and Consent concepts discussion within
the Palermo Protocol*

Patricia Beatriz Britos²
Carlos Arturo Hernández³

Fecha de recepción: 08 de marzo de 2017

Fecha de aceptación: 04 de mayo de 2017

Sumario: 1. Introducción; 2. Los problemas de la adecuación de la legislación sobre la trata;
3. Vulnerabilidad; 4. Consentimiento; 5. Conclusiones; 6. Referencias Bibliográficas.

¹ El presente artículo hace parte del proyecto de investigación financiado por la Universidad Libre y la Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina.

² Profesora en Historia (Universidad Nacional de Mar del Plata); Magister en Ciencia y Filosofía Política (UNMdP); Doctora en Filosofía (Universidad Nacional del Sur). Profesora adjunta por concurso en el Departamento de Filosofía de la Facultad de Humanidades de la Universidad Nacional de Mar del Plata. Actualmente es Directora del Departamento de Filosofía. Directora del grupo de investigación “Estudios Políticos”. Proyecto: “Justicia global y DDHH: pobreza, migración y género”. Inserto también en el Grupo Estado Derecho y Territorio, Facultad de Derecho –sede Candelaria- Universidad Libre de Colombia, email: pbbritos@gmail.com

³ Dr. hc. mult. Doctor Universidad Privada de Ica, y de la Universidad ADA a. Byron SAC: del Perú Perú, Doctor Honoris Causa Universidad Autónoma del Perú, Doctorando Universidad Externad,, Maestría en Filosofía y Teoría jurídica, Universidad Libre, Especialista en Derecho administrativo y Filosofía teoría del derecho en la Universidad Libre Abogado egresado de la Facultad de derecho Universidad Libre, Decano de la Facultad de Derecho Universidad Libre, Docente Investigador email: carhedy@gmail.com

CÓMO SE CITA ESTE ARTÍCULO (Normas APA-6)

Britos, Patricia Beatriz & Hernández, Carlos Arturo (2017). Discusión sobre los conceptos de “vulnerabilidad” y “consentimiento” en el protocolo de Palermo. *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, IX (18), pág 12-20.

RESUMEN

El presente artículo tiene como objeto realizar un estudio analítico conceptual de los tipos penales de trata y tráfico de personas, plasmados en el Protocolo de Palermo. Se busca, por medio de la desconstrucción de cada uno de estos tipos penales, definir y delimitar cada uno de sus elementos constitutivos. Estos se analizarán a la luz de la realidad social moderna, en busca de una redefinición de orden internacional. Si bien estos tipos están plasmados en el Protocolo de Palermo, suponen, dada su naturaleza de orden socio jurídica y la íntima relación entre ambos, un gran esfuerzo de distinción y de aplicación en la realidad fáctica internacional.

PALABRAS CLAVE

Tipo penal, trata de personas, tráfico de personas, Protocolo de Palermo.

ABSTRACT

This article aims to carry out a conceptual analytical study of the criminal types of human trafficking, as embodied in the Palermo Protocol. Through the deconstruction of each of these criminal types, the article seeks to define and delimit each of their constitutive elements. These latter will be analyzed in light of modern social reality, looking for a redefinition of the international order. Although these types are embodied in the Palermo Protocol, they presuppose, given their socio-legal nature and the close relationship between them, a great effort to be distinguished and applied in the international factual reality.

KEYWORDS

Criminal type, forced prostitution, human trafficking, Palermo Protocol.

1. INTRODUCCIÓN

Ante la importante discusión generada en el último tiempo alrededor del movimiento de poblaciones en el mundo, que nos han mostrado nuevas formas de acciones criminales tales como la trata y el tráfico de personas, parece necesario hacer algunas aclaraciones sobre ciertos conceptos, especialmente usados en la legislación sobre trata de personas: la vulnerabilidad y el consentimiento de la víctima. Teniendo en cuenta el documento que se conoce como Protocolo de Palermo, firmado en la ciudad italiana por el cual se hace tal referencia, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Internacional, se analizarán los conceptos mencionados con el objeto de evaluar si los términos utilizados en el protocolo y *a posteriori*, en las legislaciones nacionales –se hará referencia al de la Argentina en este breve texto.

En especial, se hará referencia a la cuestión de la trata más que al tráfico, aunque ambos estén relacionados íntimamente en la realidad. Sin embargo, la definición de cada uno de este tipo de delitos llevará a una tipificación más que diferente y que hace pensar en circunstancias y situaciones muy distintas.

Debido a la fuerte insistencia de un feminismo abolicionista, la trata de personas ha devenido en el “ejercicio de la prostitución por parte de mujeres vulnerables aunque medie consentimiento”. Esto ha llevado a un ferviente debate que apunta a un tema que la más de las veces, está más alejado de la problemática en sí de la trata y se aloja en si es una opción el cobro de servicios sexuales por parte de la mujer. Se entiende que esto se ubica en la discusión ideológica e intelectual, y la dificultad más grave se advierte al momento de que los agentes estatales (policía, fiscales, jueces, etc.) tienen que intervenir.

Los términos que sugiero que se deberían revisar en el Protocolo son muy amplios, polémicos y no han sido definidos en el documento. Por ende, parece ser una tarea propia de la filosofía la de discutir si están aplicados apropiadamente o nos están llevando a una realidad construida erróneamente.

2. LOS PROBLEMAS DE LA ADECUACIÓN DE LA LEGISLACIÓN SOBRE LA TRATA

El famoso Protocolo de Palermo⁴ cuyo objetivo es prevenir y combatir la trata de personas, prestando especial atención a las mujeres y los niños; proteger y ayudar a las víctimas de dicha trata, respetando plenamente sus derechos humanos; y Promover la cooperación entre los Estados Parte para lograr esos fines; dice que:

Por trata de personas se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de

⁴ Se le llama 3P porque se trata de “prevent, protect and punish”.

coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;

y aclara además que:

el consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado;

también enfatiza que en el caso de una persona menor de 18 años,

la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo;

El propósito es prevenir y combatir la trata de personas y proteger a las víctimas de la re-victimización (Protocolo de Palermo, art. 2 y 9). Además, los Estados que forman parte deberían promover la cooperación entre ellos para poder alcanzar los objetivos propuestos.

Hay cierto feminismo que considera que la trata es una construcción y que se relaciona con un mito⁵, Jo Doezema (2010: 9-10) marca dos aspectos de ese mito: 1) como distorsión de la verdad, el ocultamiento de la migración de trabajadoras sexuales; y 2) como metáfora que oculta una realidad complicada que incluye la sexualidad femenina.

3. VULNERABILIDAD

¿Vulnerabilidad de qué? Al pensar en los seres humanos y su entorno, se advierte que hay ciertas debilidades de algunos que pueden ser de diferente índole. Se transforman con el tiempo en obstáculos sociales y económicos. Muchos experimentan dificultades ante ciertas situaciones sociales, frente a toma de decisiones, o frente a la vida misma. Esas debilidades se convierten en cierta imposibilidad de alcanzar los objetivos mediatos e inmediatos y todo esto evita que ciertas personas alcancen la felicidad o puedan resolver ciertos conflictos.

⁵ La cuestión de la trata está dentro del marco del mito urbano en lo que respecta a los secuestros que todos los ciudadanos proclaman: se insiste sobre una camioneta blanca que va por las calles secuestrando adolescentes y esto pasa de la misma manera en todas las ciudades del mundo. Sin embargo, ni el Protocolo consideró esta posibilidad ya que habla de captación y no de secuestros al azar en la calle.

¿Es la vulnerabilidad física o psicológica? Cuando pensamos en las personas que sufren injusticias, surge la problemática de las condiciones socioeconómicas que acompañan casi en la totalidad, los problemas que evitan el desarrollo humano de la población. Viene generalmente acompañado de las necesidades básicas insatisfechas, de la falta de salud y de la carencia de educación. ¿Cómo se relaciona un aspecto físico y un aspecto psicológico en este caso? Para dejar un poco más clara esta dicotomía, se podría explicar que cuando se habla de lo psicológico, se está haciendo referencia al mundo emocional, por ende, se podría decir que se vuelve al problema mente-cuerpo.

Cuando se discute el tema de la vulnerabilidad, se vincula la pobreza como punto más relevante porque de hecho es en la carencia de recursos económicos donde se asienta la imposibilidad misma. Donde hay sectores empobrecidos, hay más necesidad y, por ende, más vulnerabilidad en ambos sentidos –el físico y el emotivo-.

En el Informe sobre Desarrollo Humano 2014 de las Naciones Unidas, “Sostener el progreso humano: reducir vulnerabilidades y construir resiliencia”, se apunta a la reducción de la vulnerabilidad y el fomento del desarrollo humano y se introduce el concepto de “vulnerabilidad humana” para describir la posibilidad de deterioro de las capacidades y opciones de las personas.

Las personas experimentan diferentes grados de inseguridad y tipos de vulnerabilidad en distintos momentos a lo largo de su ciclo de vida. Por su naturaleza, los niños, adolescentes y personas mayores son vulnerables, por lo que nos preguntamos qué tipo de inversiones e intervenciones pueden reducir la vulnerabilidad durante los períodos de transición más sensibles del ciclo de vida (Informe, 2014: 1).

La vulnerabilidad persistente tiene sus raíces en las exclusiones históricas: las mujeres en las sociedades patriarcales, el pueblo negro en Sudáfrica y los Estados Unidos de América y la población dalit en la India se ven confrontados a la discriminación y la exclusión debido a las prácticas culturales y las normas sociales de larga data. Las instituciones gubernamentales responsables y con capacidad de respuesta son decisivas para superar este sentimiento de injusticia, vulnerabilidad y exclusión que puede alimentar el descontento social. El compromiso cívico y la movilización colectiva, por su parte, son también indispensables para garantizar que los Estados reconocen los intereses y derechos de las personas vulnerables. Los Estados pueden intervenir a la hora de reducir la desigualdad horizontal con un conjunto de diferentes intervenciones de política ((Informe, 2014: 11).

Concentrándonos en el término legal “vulnerabilidad”, advertimos que éste es vago y ambiguo y que no hay posibilidad de encontrar una interpretación adecuada sin los fundamentos éticos de los derechos humanos. La pregunta que se nos interpela sería la siguiente: ¿en qué dirección nos lleva esto?

Las mujeres y niñas que son explotadas sexualmente contra su voluntad, seguramente no tienen los recursos simbólicos ni las redes sociales al alcance para evitar tal situación. Seguramente no están preparadas para evitar el embate de los delincuentes por motivos físicos, psicológicos o culturales. Mas no debemos olvidar que muchas mujeres adultas deciden trabajar con su cuerpo de alguna manera y esto debe respetarse en el marco de un estado de derecho donde todos los ciudadanos gozan de libertad y autonomía al momento de tomar decisiones. No es así, por ejemplo, en lugares donde existe una guerra o algún tipo de enfrentamiento armado y ni hay paz ni estado democrático. Estoy pensando en el caso de la revolución siria y el accionar de un grupo terrorista como el Estado Islámico que secuestra niños y mujeres para venderlos y costear su organización. En lo que respecta a este tipo de comercialización en zonas en conflicto, no existe coincidencia con lo que se intenta describir en la definición de trata; todo se resume a un secuestro violento por el cual se dispone de una persona a quien ni siquiera se finge engañar. Y, si tenemos en cuenta el accionar del EI, se venden personas con fines sexuales: niñas y niños, y mujeres. Por lo tanto, veo más trata de personas en estos casos que en la mayoría de los privados de nuestro país ya que las acciones relatadas se encuentran en un nivel de violencia y desprecio por la vida donde no hay límites morales ni legales. Demás está recordar que el estado de vulnerabilidad de estas víctimas es indiscutiblemente más grave que el de cualquier mujer adulta que resulta engañada por artimañas para ejercer como prostituta.

4. CONSENTIMIENTO

Obviamente, lo que pretende prevenir el documento de la ONU es el consentimiento de una víctima que realmente ha sido engañada y no tiene la menor intención de dedicarse a la actividad o que es violentada física o psicológicamente, esto se traduce en amenazas hacia su persona o hacia familiares que pueden correr algún riesgo o que la víctima cree que están en peligro aunque no fuera así. Por supuesto, el que alguien consienta al traslado y a insertarse en una ocupación desconocida –sea cual fuere- no justifica el maltrato y la explotación. Por este motivo, éste es una cuestión que resulta más borrosa al momento de analizar los casos y determinar dónde hay delito, y de qué hablamos. Para ejemplificar un poco más, es importante recordar que existe un delito también internacional y es el tráfico, la diferencia con la trata es que es una acción única destinada a facilitar un traslado a otro país como migrante ilegal a cambio de un pago. Una vez que el emigrado está en viaje, ya no hay más contacto con los traficantes. Aquí no se puede apelar a la falta de consentimiento ya que tanto hombres como mujeres, pretenden cruzar ciertas fronteras para iniciar una nueva vida más satisfactoria económicamente, la mayoría de las veces, o, alejada de la violencia existente en el país de origen. Mas no voy a profundizar en el tráfico porque aquí no hay un énfasis en cuestiones de género y nos aleja del debate prostitución vs trabajo sexual.

Sobre el consentimiento de una víctima, habría que analizar la decisión desde una postura que dignifique a la persona, considerándola una persona libre y autónoma al mismo tiempo que racional como para elegir entre varias alternativas que se le presentan en un momento de su vida. Opinar que la decisión de pasar a ser trabajadora sexual es irracional, muestra poca confianza en que estas mujeres sepan lo que les conviene. Muchos dicen que tomaron esa decisión porque no tenían muchas oportunidades (es el caso de las *trans* que no logran acceder a la vida laboral), aún si esto es cierto, no significa que las instituciones gubernamentales les quiten la alternativa que pareció ser la más conveniente. Cuando en una sociedad, un sector detenta pocas posibilidades, el Estado debe procurarle más posibilidades, pero no cortarle las vías o caminos para alcanzar sus objetivos o lo más cercano a su plan de vida, especialmente, si esto es por una cuestión meramente de moral sexual. Si legitimáramos el trabajo sexual considerando los encuentros sexuales como contratos entre personas racionales, dejando de ver a la mujer como carente de capacidad para su autonomía, esto significaría el empoderamiento de estas mujeres y el respeto de su dignidad como personas.

Por supuesto, la situación en la oferta de servicios sexuales no es fácil de catalogar o clasificar. Es más, en muchos casos, se advierte en el trabajo sexual libre, ciertos acuerdos que muestran una falta de libertad real y, sin embargo, no se pueden catalogar como trata. Esta falta de libertad no apunta a restringir la libertad de movimiento sino más bien al manejo de los ingresos y la pelea constante entre dueños o dueñas (hoy es más común esto) y trabajadoras sobre el servicio que se proveyó en una habitación privada. Esta es la realidad de los y las trabajadoras sexuales, un mundo laboral muy diferente al resto porque se inserta en la intimidad y la consiguiente problemática.

El consentimiento es un concepto muy caro para la democracia. Y, también puede acarrear consecuencias que se deberían tratar de subsanar de alguna forma que no atente contra la autonomía y la dignidad de las personas. Dice Carlos Nino (p.378): “que el consentimiento es distinto de la aprobación es fácil de ver: quien toma un taxi puede no aprobar el que tenga que pagar por él –tal vez esté fuertemente a favor de que los taxis sean un servicio público gratuito-; sin embargo, consiente en hacerlo”. Él está pensando en el proceso democrático y yo lo aplico a las decisiones de las personas, que a la larga, nos llevará a concluir que la decisión tomada por una persona, no necesariamente significa que esa opción está en primer lugar en su ordenamiento de preferencias, en muchos casos, se trata de una decisión estratégica porque resulta ser lo menos malo y lo que se ve más factible para el plan de vida propuesto.

Consentimiento: ¿por qué no asimilarlo al consentimiento informado que se usa en el caso de las intervenciones médicas? Y, si así fuera, nos encontraríamos que el consentimiento que da una persona para entrar en un ámbito laboral, sólo se puede alcanzar haciendo públicas las condiciones de trabajo. Por ende, la única forma de resolver este tema será haciendo visible la actividad laboral y, a la postre, establecer lineamientos que la equipare

con otras que han sido protegidas a través del tiempo y han sido legitimadas tanto legal como socialmente.

Respecto a la legislación actual argentina, todo se vuelve más polémico aún ya que en la ley 26842/12, la última legislación votada, se sustituye el artículo 2^a de la ley 26364/08 y esto cambia en mucho el significado de trata, se aleja de la definición del Protocolo de Palermo y en mi opinión, tergiversa y confunde conceptos. El cambio en sí radica en que la configuración del delito de trata se ve ampliado y profundizado. Hay seis supuestos⁶ que mostrarán lo que significa “explotación” de aquí en más y que resignifican el término haciéndolo equivalente a “trata”, es decir, alejándolo del espíritu del Protocolo de Palermo. Estos seis ítems “pueden constituir delitos autónomos respecto del de trata de personas”; lo llamativo es que el c) es el de proxenetismo, que ahora puede ser considerado trata con lo que esto significa. La idea principal en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de la ONU era que los países se ocuparan de este crimen en un rango internacional; se podría decir que el Protocolo tiene una dedicatoria implícita a los países centrales en su intento de evitar las olas migratorias a Estados Unidos y Europa. Además, el proxenetismo no necesariamente es un delito de más de una persona, y la idea de origen era que una legislación sobre trata sería una forma de lucha contra el crimen organizado internacional.

Teniendo en cuenta la parte b) del artículo 2^o, que dice “cuando se obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados”, lleva a hacer una pregunta sincera que sería la siguiente: en un régimen capitalista, ¿qué es un trabajo forzado? Esto me recuerda lo que planteaba Ronald Dworkin en el famoso debate sobre la pornografía, respecto a la diferencia entre ser actriz en la pornografía y ser empleada en un local de comidas rápidas (es común pensar en McDonald’s) donde hay un destrato y una explotación muy fuerte.

5. CONCLUSIONES

¿De qué manera la vulnerabilidad y el consentimiento reflejan la falta de respeto por los derechos humanos en el mundo hoy? Y, ¿cómo terminan elaborando una construcción que nos aleja del problema real y nos lleva a implementar políticas públicas que no resuelven totalmente la problemática actual? En primer lugar, porque para alcanzar la justicia global, meta a la que parece que todos queremos llegar, se debe conocer la realidad de cada uno de los ciudadanos del mundo. Una quimera sin solución real; sin embargo, una

⁶ Los seis supuestos dicen:

1. Cuando se redujere o mantuviere a una persona en condición de esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad;
2. Cuando se obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados;
3. Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la prostitución ajena o cualquier otra forma de oferta de servicios sexuales ajenos;
4. Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la pornografía infantil o la realización de cualquier tipo de representación o espectáculo con dicho contenido;
5. Cuando se forzare a una persona al matrimonio o a cualquier tipo de unión de hecho;
6. Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la extracción forzosa o ilegítima de órganos, fluidos o tejidos humanos.

aproximación es contemplar el mundo de los otros sin pretender que nosotros, desde la academia, poseemos la solución sin antes haber pasado por una etapa de conocimiento de la vida de esos otros mediante un sentimiento empático, esencial para alcanzar la comprensión. Tomo el concepto de comprensión que según nos lo plantea Nussbaum (2006) es: ponerse en el lugar del otro, comprender que está pasando por una situación grave y sentir que puedo hacer algo para ayudarlo.

En el medio de toda la discusión, queda el delito real de trata sin ninguna solución, el proxenetismo en muchos casos encubierto ya que no se presenta de la misma manera en que lo conocíamos en el siglo XIX y principios del XX, y el trabajo sexual elegido libremente que no encuentra un lugar porque no existen leyes que lo amparen. Ante tal dilema, parece recomendable revisar la metodología de análisis sociológico y, ante todo, reflexionar sobre si el debate teórico está bien encaminado. Lejos de haber encontrado soluciones, tropezamos con nuevos interrogantes. Finalmente, respecto al miedo que los movimientos migratorios han provocado en los países más poderosos, se puede advertir que el nuevo presidente de EEUU, Donald Trump, está más preocupado por evitar la recepción de inmigrantes que por colaborar con las víctimas de los delitos internacionales.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doezema, Jo (2010). *Sex Slaves and Discourse Masters*, Zed Books, New York.

Informe sobre Desarrollo Humano de las Naciones Unidas (2014).

Malik, Khalid et al. (2014). *Desarrollo Humano 2014 de las Naciones Unidas, "Sostener el progreso humano: reducir vulnerabilidades y construir resiliencia"*, PNUD, Nueva York.

Nino, Carlos (1989). *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires: Astrea.

Nussbaum, Martha (2006). *El ocultamiento de lo humano*. Buenos Aires: Katz.

Pogge, Thomas (2002). *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*. Barcelona: Paidós.

Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2001). ONU.